

Ross vs Kelsen: het belang van het Scandinavisch Realisme in de 21^e eeuw

Mark VAN HOECKE (Brussel)

Wie overleeft het best de 20^e eeuw: Hans Kelsen of Alf Ross ? Geen van beiden staat bijzonder in de belangstelling in de hedendaagse rechtstheoretische discussies. Kelsen, die toch vrij algemeen erkend wordt als de belangrijkste rechtstheoreticus van de 20^e eeuw, vindt men nog regelmatig vernoemd, meestal in associatie met een strikt positivistische benadering van het recht, maar zelden ten gronde bediscussieerd. Alf Ross, Hägerström, Lundstedt of Olivecrona worden nauwelijks nog vernoemd, op een enkele occasionele voetnoot na.

De vraag die dan rijst is of zij, naast hun onmiskenbaar historisch belang, nog enige relevantie hebben voor de hedendaagse rechtstheoretische discussies.

1. Hans Kelsen

1.1. De scheiding tussen *Sein* en *Sollen*

Het directe belang van Kelsen voor de hedendaagse discussies is twijfelachtig. Zijn belangrijkste streven, het doorvoeren van een strikte scheiding tussen het zijn en het behoren, tussen het feitelijke en het normatieve, bij de bestudering van het recht wordt vandaag algemeen voor onrealistisch gehouden. Bij elke rechtstoepassing is er een onvermijdelijke verweving van (inter)subjectieve waardeoordelen met ‘objectieve’ juridische begrippen, regels en beginselen. Zowel het strikte positivisme als de zuivere natuurrechtstheoriën zijn door de ontwikkelingen achterhaald. O.m. de formulering van fundamentele mensenrechten in grondwetten en, vooral, in internationale verdragen heeft geleid tot een ‘positivering’ van natuurrechtelijke beginselen en tot een ‘moralisering’ van het positieve recht. Kelsen is hier door de geschiedenis achterhaald.

1.2. De *Grundnorm* en de structuur van rechtssystemen

Het tweede belangrijke luik in Kelsen’s theorie is de analyse van rechtssystemen. Hij ziet rechtssystemen als een hiërarchische opbouw van regels die op elkaar steunen en elkaar legitimeren, en die bovenaan worden afgesloten door een *Grundnorm*¹. Ook deze visie op het recht stemt steeds minder overeen met de huidige realiteit. Kelsen’s theorie paste goed in de

¹ Voor een kritiek van Ross op dit aspect van Kelsen’s theorie, zie reeds zijn *Theorie der Rechtsquellen* (Wenen, 1929), p. 366-370

hoogdagen van de nationale soevereiniteit, in een tijd van sterk gecentraliseerde nationale rechtssystemen, waarin geen plaats was voor een zelfstandige gelding van supra-nationaal of sub-nationaal recht op het grondgebied van de staat. Gewoonterecht gold slechts in de mate dat het als dusdanig erkend was door het statelijke recht. Internationaal recht was een zaak tussen staten, waar de burger buiten bleef. Het juridisch landschap ziet er vandaag evenwel heel anders uit, in het bijzonder in Europa, met een complexe structuur van in elkaar verweven rechtssystemen, zonder duidelijke hiërarchische structuur en zonder territoriale exclusiviteit. Zo zijn er in Brussel niet minder dan vijf wetgevers met zelfstandige, parallelle en exclusieve bevoegdheden binnen het Brusselse grondgebied: de *Brusselse Hoofdstedelijke Raad* (voor bv. het openbaar vervoer), het *Vlaams parlement* (voor bv. Nederlandstalig onderwijs), de *Franse Gemeenschapsraad* (voor bv. Franstalig onderwijs), het *Belgisch parlement* (voor bv. justitie), de *Raad van de Europese Unie* en het *Europees parlement* (voor bv. consumenten-bescherming). En eigenlijk moeten we daar nog een zesde wetgever, met name de *Raad van Europa*, aan toevoegen, zij het dat dit recht in de praktijk vooral gecreëerd wordt door een rechterlijke instantie, het *Europees Hof voor de Rechten van de Mens*. De vier eerste rechtssystemen, of deelsystemen, zijn volledig complementair, zonder enige hiërarchische verhouding van bovengeschiedheid of ondergeschiedheid. Bij een eventueel conflict heeft één van de betrokken wetgevers de in de grondwet toegekende bevoegdheden overschreden. Dit wordt beoordeeld door het grondwettelijk hof, het *Arbitragehof*, dat de gewraakte wettelijke bepalingen kan vernietigen. De twee Europese rechtssystemen, of deelsystemen, staan hiërarchisch hoger, zij het dat hun onderlinge relatie nog steeds niet is uitgeklaard (in afwachting van de in het vooruitzicht gestelde toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens). ‘Soevereine rechtssystemen’ zijn het echter zeker niet, omwille van het subsidiariteitsbeginsel en omwille van de principiële mogelijkheid voor elk van de lidstaten om uit te treden. Ook de determinerende rol van nationale ministers in de Europese besluitvorming compliceert de relatie tussen deze rechtssystemen.

In heel deze ontwikkeling is ook de rol van de rechter spectaculair toegenomen. Van een, door de Franse revolutie geïnspireerde, duidelijke ondergeschiedheid van de rechter aan de wetgever, zijn we geëvolueerd naar een *circulaire verhouding* tussen rechter en wetgever. Het zijn nu veeleer rechters die de wetgevers controleren dan omgekeerd: grondwettelijke hoven o.m. in België², Duitsland, Frankrijk, Italië en Spanje (maar (nog) niet in Nederland),

² In theorie slechts voor een beperkt aantal artikelen van de grondwet, die te maken hebben met het gelijkheidsbeginsel en met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling over het federale niveau en de regionale

het *Europees Hof van Justitie* en het *Europees Hof voor de Rechten van de Mens* dwingen regelmatig regionale, nationale en Europese wetgevers om hun regelgeving aan te passen. Kelsenianen voelen zich in deze juridische realiteit steeds minder thuis, terwijl bijvoorbeeld systeemtheoretici er steeds grotere overeenstemmingen in zien met hun theorie.

2. De Scandinavische realisten

Ook de Scandinavische realisten zouden met genoeg de hedendaagse ontwikkelingen hebben gevolgd. Door het recht veeleer te zien vanuit het standpunt van de burger en van de rechter dan vanuit het standpunt van de wetgever, heeft het Scandinavisch realisme, in tegenstelling tot Kelsen eerder aan actualiteit gewonnen dan eraan ingeboet.

2.1. De rol van de rechter

Binnen het Scandinavisch realisme is het vooral Alf Ross wiens ideeën goed aansluiten bij het hedendaags juridisch landschap, vooral omdat in zijn theorie de rechter een meer prominente rol speelt dan in de benadering van de andere Scandinavische realisten³.

Dit vloeit onder meer voort uit de erkenning dat recht niet, of toch niet uitsluitend, een vooraf bestaand gegeven is, maar dat dit recht dagdagelijks *gemaakt* wordt in een sociale interactie tussen burgers onderling, tussen burger en overheid, tussen rechter en wetgever, enz.⁴ Dit vloeit ook voort uit de ontkenning van enige directe relevantie van de ‘wil van de wetgever’ bij de interpretatie en toepassing van de wetgeving. De nadruk op het belang van gedeelde preferenties in de samenleving en de functionele benadering van het recht als een interpretatieschema maken onvermijdelijk van de rechter de centrale figuur om de inhoud van het recht te bepalen. Anton de Groot wijst er terecht op dat het klassieke wilsbegrip met betrekking tot de inhoudsbepaling van rechtsregels minder goed aansluit bij de hedendaagse sociaal-democratie dan de benadering van de Scandinavische realisten. De concrete ‘wil’ van de wetgever m.b.t. de inhoud van rechtsregels is veel diffuser dan vroeger. Vooreerst omwille

niveaus. Via het gelijkheidsbeginsel kan in de praktijk echter zowat 99% van de grondwet door het *Arbitragehof* getoetst worden.

³ Toch is het opmerkelijk dat noch Lundstedt, noch Olivecrona, noch Ross in hun laatste grote publicatie, waarin ze een overzicht gaven van hun theorie, enig hoofdstuk of paragraaf hebben gewijd aan de rol van de rechter binnen het rechtssysteem (LUNDSTEDT A. Vilhelm, *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956, 420 p.; OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, 2nd ed., Londen: Stevens & Sons, 1971, 320 p.; ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londen: Stevens & Sons, 1958, 383 p.) De rol van de rechter wordt trouwens impliciet in grote mate gelijk geacht met de feitelijke taak van de wetgever. Zo dekt bij Lundstedt de term ‘*legislation*’ ook de activiteiten van de rechtbanken (o.c., 158)

⁴ Zie bv. OLIVECRONA, o.c., 109-110.

van de complexiteit van overlegdemocratie waar de Groot naar verwijst⁵. Door de ingewikkeldheid van de materies heeft de formele wetgever nauwelijks een eigen ‘wil’ m.b.t. de door hem ingevoerde regels, maar steunt hij op externe (en interne) experts, al dan niet gecombineerd met adviezen of overleg met het betrokken veld. In andere gevallen is de ‘wil’ te abstract om bij de toepassing operationeel te zijn, of is hij zelfs gewoonweg onbestaande. Hiermee wordt de rechter o.m. geconfronteerd bij de interpretatie en toepassing van mensenrechten, waarbij bv. niet de wil van de verdragsluitende partijen bij het EVRM in 1950 richtinggevend is, maar wel de actuele maatschappelijke opvattingen.⁶ Bij de toepassing van ongeschreven ‘algemene rechtsbeginselen’ is er per definitie geen sprake van enige ‘wil’ van een wetgever. Deze voorbeelden tonen goed aan dat de realisten gelijk hebben wanneer zij het gevoel van gebondenheid bij de rechter en de rechtsonderhorige belangrijker achten voor de gelding van een rechtsregel dan de ‘wil’ van de regelgever.

2.2. Betekeniscoherentie vs regelsysteem

Door, in tegenstelling tot Kelsen, de structuur van rechtsregelen en dus de systematiek van rechtssystemen als een onbelangrijk gegeven te beschouwen bij de analyse van de juridische fenomenen sluiten de Scandinavische realisten met hun theorieën veel gemakkelijker aan bij de complexe verwevenheid van (onvolledige) rechtssystemen in het hedendaagse Europa. Voor de realisten kan het recht in geen geval beschouwd worden als een (vooraf bestaand) geheel van regelen.⁷ Wat een (nationaal) rechtssysteem tot een ‘systeem’ maakt is, aldus Ross, “an inner coherence of meaning”⁸. Een dergelijk rechtssysteem is ‘valid’

“if it is able to serve as a scheme of interpretation for a corresponding set of social actions in such a way that it becomes possible for us to comprehend this set of actions as a coherent whole of meaning and motivation, and within certain limits to predict them. This capacity within the system is based on the fact that the norms are effectively complied with, because they are felt to be socially binding.”⁹

Met andere woorden, het recht wordt niet bekeken van bovenaf, vanuit een abstract geheel van rechtsbeginselen, rechtsregelen, rechtsbegrippen en juridische constructies, maar van onderuit, als een door de burger en de rechter geïnterpreteerd kader waarbinnen zinvol sociaal handelen mogelijk is. Een dergelijke benadering heeft geen probleem met een pluraliteit van rechtssystemen die binnen éénzelfde samenleving geldingskracht hebben. De nadruk op de

⁵ DE GROOT, A.G.G., ‘Het vraagstuk van de regel in het Scandinavisch Realisme’, *R&R* 2000, p.38

⁶ wat o.m. uitdrukkelijk gesteld werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het Marckx-arrest van 1979.

⁷ LUNDSTEDT A. V., o.c., 31: “I have only desired to point out the idea that the thought of law in the meaning of a system or a body of rules lacks any real basis.”

⁸ ROSS, o.c., 32

coherentie die aan het rechtssysteem wordt gegeven door interpretatie en door de (re)constructie van algemene rechtsbeginselen vertoont ook een grote verwantschap met de hedendaagse theorie van Ronald Dworkin.

2.3. Legitimatie van de rechter

In deze visie speelt de rechter, vooral bij Alf Ross, een centrale rol:

“A national law system, considered as a valid system of norms, can accordingly be defined as the norms which actually are operative in the mind of the judge, because they are felt by him to be socially binding and therefore obeyed.”¹⁰

Ross leunt in dit citaat sterk aan bij het Amerikaans realisme, waarin (enkel) de rechter centraal staat, niet de burger of de wetgever. Het Amerikaans realisme was overigens goed bekend was bij alle Scandinavische realisten.¹¹ Ross schuift erg ver op in de richting van zijn Amerikaanse geestesgenoten¹², door het recht te beschouwen als een geheel van ‘directieven’ die tot de rechter gericht zijn en niet tot de burger.¹³ Toch erkent Ross dat het geldingsprobleem niet is opgelost door alles rond de rechter te laten draaien. De rechter ontleent zelf zijn bevoegdheid aan wettelijke regelen, waarvan de gelding dus bepaald moet worden met andere criteria dan de aanvaarding ervan door deze rechter zelf. De oplossing, aldus Ross, ligt in de *interactie* tussen de verschillende elementen van het rechtssysteem:

“Fundamentally, validity is a quality ascribed to the system as a whole. ... There is no Archimedes point for the verification, no part of the law is verified before any other part.”¹⁴

Hiermee past zijn benadering perfect bij de huidige circulaire structuur van onze rechtssystemen, waarbij minder dan ooit enig element duidelijk voorrang heeft op de andere, maar ze elkaar wederzijds legitimeren.

⁹ o.c., 34

¹⁰ ROSS, o.c., 35 Toch zou Ross het moeilijk hebben het hedendaags Deense recht als ‘systeem’ te definiëren en te identificeren. De door de Groot kort besproken truc die Ross hanteert om te ontsnappen aan een definitie van recht’ is het apart bekijken van nationale rechtssystemen als sets van welomschreven regels met een welbepaalde territoriale gelding. De verwevenheid van het huidige Deense recht met Europees recht, en aldus steeds meer ook indirect met andere nationale rechtssystemen in de EU, maakt het vandaag zeer moeilijk, zoniet onmogelijk om deze ‘sets van regels’ van elkaar te isoleren en als aparte entiteiten te onderscheiden.

¹¹ zie bv. Lundstedt, o.c., p. 389-396, waar een wel erg kritische commentaar wordt gegeven op de theorieën van Holmes en Frank, die hij net als alle andere door hem besproken auteurs, onwetenschappelijkheid verwijt. Zie Ross, o.c., p.68, waar een korte (bibliografische) situering van het Amerikaans realisme wordt gegeven, zonder eigen commentaar.

Zie Olivecrona, o.c., p. 68-69, waar Karl Llewellyn besproken wordt, p.171-174, waar Cohen, Holmes, Corbin en Llewellyn onder de hoofding *American Realism* bediscussieerd worden, en de bibliografie, waarin Llewellyn en Holmes vermeld worden.

¹² Zie ook de Groot, p.43, en OLIVECRONA, o.c., 84.

¹³ ROSS, o.c., 35; zie ook de Groot, p. 41.

¹⁴ ROSS, o.c., 36

2.4. Analyse van rechtsbegrippen en eenmaking van het recht

Een ander punt waarvoor het Scandinavisch realisme een actualiteitswaarde heeft is de analyse van rechtsbegrippen in het kader van de discussies over de (mogelijke) harmonisering van het recht in Europa. De demystifiëring en relativering van de eigen rechtsbegrippen is inderdaad een eerste stap in de richting van de eenmaking van het recht. Volgt men de deconstructie door de Scandinavische realisten van het wilsbegrip en de voluntaristische benaderingen, dan vervalt bijvoorbeeld meteen ook de tegenstelling tussen de wilsbenadering van het contract op het continent en de meer objectieve benadering ervan in de Common Law landen. Hetzelfde geldt voor de meer subjectieve voluntarische benadering van de wet, met de nadruk op de ‘wil van de wetgever’, op het continent, tegenover een meer objectieve benadering van de wet, met nadruk op de ‘objectieve’ betekenis van de tekst van de wet, in de Common Law landen. Door zowel het naïeve subjectivisme als het naïeve geloof in de mogelijkheid van volstrekte objectiviteit te relativiseren kunnen ogenschijnlijk fundamentele tegenstellingen herleid worden tot veel beperktere nuanceverschillen.

Ook de analyse van het rechtsbegrip en van de rechtsverhoudingen, die Ross geeft, en deels geïnspireerd is door Hohfeld, kunnen een interessant vertrekpunt vormen om uiteenlopende rechtsregels en rechtsconstructies onder een gemeenschappelijke noemer te brengen.¹⁵ In het kader van het thans steeds moeilijker vol te houden (continentale) strikte onderscheid tussen privaatrecht en publiek recht blijft de fundamentele kritiek van Ross op deze tweedeling zeer actueel.¹⁶

De ontkenning van het bestaan van ‘subjectieve rechten’ door de Scandinavische realisten¹⁷ brengt het continentale recht, zo men hen volgt, dichter bij de Common Law, waar men veeleer redeneert in termen van vorderingen, *actions*, en niet van onderliggende rechten. Men zou, in navolging van de realisten kunnen stellen dat, ook al beantwoorden subjectieve rechten aan geen enkele objectieve realiteit, zij minstens een psychologische realiteit zijn, in de mate dat het bestaan van vorderingen en de toekenning ervan door rechters de burgers doen geloven dat er zoiets bestaat als ‘subjectieve rechten’¹⁸, of dat zij minstens een handig instrument zijn om een geheel van rechtsregels aan te duiden die de betrokkene, de titularis

¹⁵ ROSS, o.c., p.158-201.

¹⁶ O.c., 202-207.

¹⁷ Zie o.m. LUNDSTEDT, o.c., 77-122

¹⁸ LUNDSTEDT, o.c., 166

van het 'recht' kan inroepen voor de rechtbank¹⁹. Of, anders uitgedrukt, of we nu procedures en rechterlijke uitspraken steunen op voorafbestaande subjectieve 'rechten' of op het bestaan van 'vorderingen' doet uiteindelijk weinig terzake: in beide gevallen ontstaat er een zelfde psychologische realiteit, met name het geloof dat men ergens "recht op heeft". Het radikaal ontkennen van het bestaan van subjectieve rechten lijkt dan ook moeilijk vol te houden.

3. De zwakke punten van het Scandinavisch realisme

De Scandinavische realisten vertrekken van een wel bijzonder enge visie op 'realiteit'. 'Reëel' lijkt voor hen enkel te zijn wat zichtbaar en tastbaar is. Ideële zaken zoals rechtsverhoudingen behoren dan niet tot de realiteit²⁰ maar tot de wereld der illusies. Het zijn voor hen 'mythes', die hoogstens een psychologische realiteitsbasis hebben, in zoverre mensen daadwerkelijk geloven in het 'bestaan' van deze, eigenlijk onbestaande, juridische relaties. Door deze enge visie op 'realiteit' worstelen de realisten voortdurend met de paradox van de moeilijk te ontkennen alomtegenwoordigheid van iets dat niet bestaat. Ze aanvaarden overigens dat het recht een niet onbelangrijke, en zelfs essentiële rol vervult in de samenleving. Bijgevolg zien ze zich verplicht een uitleg te zoeken voor de feitelijke werking van het recht, die verzoenbaar blijft met het uitgangspunt, de 'irrealiteit' van het recht. Dit kost hen heel wat moeite en leidt tot overtrokken visies op het recht, zoals de hoger besproken ontkenning van het bestaan van 'subjectieve rechten'.

Hetzelfde geldt voor de ontkenning door de Scandinavische realisten van het bestaan van enige 'wil van de wetgever' als normatieve grondslag voor het recht. Zoals Schoordijk het later zo mooi verwoordde m.b.t. het wilsbegrip in het contractenrecht: "waar een wil is moet die weg". In de mate men hiermee een zuiver subjectieve benadering van een dergelijke 'wil' verwerpt, is dit zeker een correcte relativering van het wilsbegrip, weze het in het

¹⁹ ROSS, o.c., 169 en 175 e.v., i.h.b. p.186-188, waar hij Lundstedts opvattingen terzake bekritiseert

²⁰ Zie bv. OLIVECRONA, o.c., 254-255: "... our language is full of legal terms. We think and speak of ourselves as being citizens of a country with its own government and a parliament, to which the members are elected. Laws are issued by these authorities and applied by a host of officials. We have our legal rights; one is married; disputes as to rights and duties are settled by the courts, and so on. we must conclude that precisely those key words which are the principal vehicles for conveying the information in question lack semantic reference. The word 'right' denotes nothing." En verder: "All this refers to statements asserting the 'existence' of rights, duties, and legal qualities. It follows that such statements cannot be said to be either true or false. They are always based on valuation; and in appearance only they refer to something that conceivably could exist. Though ostensibly propositions concerning objective realities, they are only ascriptions of rights, duties, and legal qualities in conformity with certain rules. Such statements are to be considered as an essential element in a working legal system. Despite appearances, they are not statements about realities within the system; they form a part of the regularized use of language which makes the system work." (p.261-262)

contractenrecht of m.b.t. wetgeving. Of subjectieve bedoelingen dan meteen volstrekt irrelevant worden is echter een andere vraag. De realisten omzeilen enigszins het probleem door de 'wil van de wetgever' te vervangen door het gevoel van gebondenheid bij rechters en burgers aan wat zij denken de bedoeling te zijn van de wetgever. Dat dit gevoel van gebondenheid en minimale aanvaarding noodzakelijk zijn voor de feitelijke gelding en dus het 'bestaan' van het recht kan moeilijk betwijfeld worden, maar de 'wil van de wetgever' integraal reduceren tot de perceptie van deze wil door de normontvangers geeft een vertekend beeld van de werkelijkheid. Wetgeving is geen eenzijdig proces, noch van de kant van de normzender (zoals sommige klassieke theorieën voorhielden, bv. de imperatieventheorie), noch van de kant van de normontvanger (zoals de realisten lijken aan te nemen). Het is in wezen een interactie tussen beiden, een communicatieproces, waarbij, o.m., een normzender de normontvangers poogt te informeren over het gedrag dat verboden, mogelijk of verplicht is in een bepaalde situatie. De aldus opgelegde regel is doorgaans niet willekeurig, maar beoogt een bepaald maatschappijmodel te realiseren (bv. snelheidsbeperkingen met het oog op een veiligere samenleving, en/of een minder vervuilde wereld en/of minder economische afhankelijkheid van olie-producerende landen, enz.). De 'wil' achter de wet is wel degelijk relevant voor de interpretatie en toepassing van de wet. Uiteraard stellen er zich vaak praktische problemen om de precieze (subjectieve) wil te achterhalen, of om uit een veelheid van betrokkenen bij de totstandkoming van de regel één 'wil van de wetgever' te distilleren. De reële wil m.b.t. een bepaalde regel kan incoherent zijn met het algemeen beleid of met de onderliggende principes van de overige wetgeving. Gewijzigde omstandigheden en maatschappelijke opvattingen kunnen ook de relevantie verminderen van de wil van de historische wetgever, of deze zelfs totaal irrelevant maken voor een hedendaagse toepassing van de wet. Al deze problemen sluiten de relevantie van de (subjectieve) 'wil van de wetgever' evenwel niet a priori uit, en in de praktijk zeker ook niet in alle gevallen. Uiteraard moet die wil minstens in grote lijnen achterhaald kunnen worden, aanvaardbaar zijn voor degenen die de wet moeten toepassen, en praktisch uitvoerbaar zijn. Mits deze minimale voorwaarden vervuld zijn is de subjectieve wil van de wetgever wel degelijk reëel én relevant, en vormt hij effectief een normatieve grondslag voor de toepassing van de regels.

Zowel Kelsen als de Scandinavische realisten blijken uiteindelijk ook een kind van hun tijd te zijn. Dit blijkt vooral uit hun absoluut geloof in de mogelijkheid de rechtswetenschap te zuiveren van elk niet objectief controleerbaar gegeven, dat door hen dan als 'metafysisch' bestempeld wordt. Op dit punt hebben ze, ondanks alle tegenstellingen, een

opvallend gelijklopende benadering. Dit leidt ofwel tot een naïef geloof in de mogelijkheden om tot een objectieve rechtskennis te komen, ofwel tot de ontkenning van de mogelijkheid om tot enige vorm van rechtswetenschap te komen. Bij Kelsen was duidelijk het eerste aanwezig, de Scandinavische realisten, met uitzondering wellicht van Ross, schipperen voortdurend tussen beide. Door de lat zeer hoog te leggen moeten ze onvermijdelijk tot de conclusie komen dat een *rechtswetenschap* onmogelijk is. Maar die conclusie willen ze niet aanvaarden en ze pogen dan toch een of andere vorm van wetenschappelijkheid voor de rechtswetenschap uit te tekenen. De prijs die ze hiervoor betalen is de simplificering van een aantal problemen die ze daardoor kunnen negeren. Zo worden constant (en terecht) ideologische vooronderstellingen achter rechtsbegrippen en juridische theorieën bekritiseerd, terwijl anderzijds wordt uitgegaan van de mogelijkheid tot ‘objectieve’ interpretatie in het recht, van het bestaan van ‘duidelijke teksten’ die geen interpretatie toelaten²¹. Voor de ideologische vooronderstellingen die de eigen positie bepalen is men dan blind.

²¹ Zie bv. Lundstedt, o.c., op p. 144, vn.1, en p.158, waar blijkbaar gepoogd wordt een dergelijke kritiek snel te weerleggen in een naderhand toegevoegde voetnoot 7a: “I willingly admit that the concept ‘clear and unequivocal law’, to obtain a practical meaning, must be somewhat hazy. Yet this concept must not be discarded merely because different interpretations are possible. This is a vast subject for discussion. I cannot enter into it here.” Dat Lundstedt jarenlang lid was van de meerderheid in het Zweeds parlement zal wellicht mede verklaren waarom hij de rechter sterker wil binden aan de tekst van de wet. Dit volstaat echter niet om teksten ‘duidelijk’ te maken en immuun voor interpretatie. Het interpretatieprobleem blijft evenzeer aanwezig wanneer men het negeert.

Ross is op dit punt veel genuanceerder en realistischer. Zie bv. zijn commentaar op Kelsen’s interpretatietheorie, o.c., p. 338-339. Hij slaagt er op een handigere manier in om de interpretatieproblematiek grotendeels te ontwijken, door ‘interpretatie’ te zien als de voorspelling over hoe het recht door rechters geïnterpreteerd zal worden (o.c., p.108). De vraag naar de feitelijke interpretatiemogelijkheden (die volgens Ross vrijwel oneindig zijn, zie p.111-145) of naar de normatieve interpretatieregels (die volgens Ross niet als objectieve gegevens kunnen bestaan) wordt aldus vervangen door een waarschijnlijkheidsberekening, gesteund op empirisch onderzoek van rechtspraak. Ross erkent overigens zelf dat deze waarschijnlijkheidsberekening een zwakke zekerheidsgraad biedt (p.109 en 155).